

A HISTÓRIA DO PRECEDENTE VINCULANTE NA INGLATERRA: UM OLHAR SOBRE A FUNÇÃO DO *STARE DECISIS*

THE BINDING PRECEDENTS HISTORY IN ENGLAND: A GLANCE ON THE ROLE OF STARE DECISIS

GUILHERME BACELAR PATRÍCIO DE ASSIS*

RESUMO

O presente trabalho, de cunho predominantemente histórico-descritivo, aborda o surgimento e o desenvolvimento da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra, berço do sistema jurídico de *common law*, com especial enfoque para o papel cometido a um sistema de precedentes vinculantes, qual seja, na necessidade de promover os valores ligados aos princípios da segurança jurídica – tais como a integridade, a unidade, a coerência, a cognoscibilidade, a previsibilidade do sistema jurídico – e da igualdade. A fim de melhor compreender os pontos centrais deste ensaio, inicialmente discorrer-se-á sobre as origens históricas do *common law*, tratando-se, em um segundo momento, de algumas importantes características gerais desse sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: *Stare decisis*. Precedente obrigatório. História do *Common Law*. *Distinguishing*. *Overruling*.

ABSTRACT

This work, predominantly historical and descriptive, addresses the emergence and development of the stare decisis doctrine in England, the birthplace of the legal system of common law, with special focus on the role committed to a binding precedent system, namely, the need to promote the values linked to the principles of legal certainty - such as integrity, unity, coherence, knowledgeability, the predictability of the legal system - and equality. In order to better understand the main points of this essay, initially will be discussed the historical origins of the common law, dealing, in a second stage, with some important general features of this legal system.

KEYWORDS: *Stare decisis*. *Binding precedent*. *Common Law history*. *Distinguishing*. *Overruling*.

I. ORIGENS HISTÓRICAS DO COMMON LAW

O surgimento do sistema jurídico do *common law* ocorreu na Inglaterra, tendo posteriormente se espalhado, com algumas poucas exceções, por todos os países de colonização inglesa. Pode-se reconhecer quatro importantes períodos no desenvolvimento

* Aluno do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Juiz Federal.
Email: gbacelarpa@yahoo.com.br

histórico do direito inglês.¹ O primeiro deles é o período anglo-saxão, que perdura até a conquista normanda da Inglaterra em 1066. O segundo, que compreende o interregno entre 1066, com a ascensão de Guilherme I ao trono inglês, até o início da Dinastia Tudor, em 1485, retrata o surgimento e o desenvolvimento do *common law*. O terceiro, que se inicia em 1485 e perdura até 1832, é marcado pelo desenvolvimento do sistema da *equity*, de cunho complementar à *common law*. Finalmente, o quarto é o período moderno, que começa em 1832 e vai até os dias atuais, caracterizado pelo desenvolvimento sem precedentes da lei, pela intervenção da Administração Pública na sociedade² e, ainda, a partir da segunda metade do século XX, após o fim da segunda guerra mundial, pela consagração dos direitos humanos no plano doméstico e internacional.

No período anglo-saxão, caracterizado pela ocupação da Inglaterra por tribos de origem germânica, tais como os anglos, os saxões e os dinamarqueses, o direito era fundado basicamente nos costumes locais, sendo os textos legais bárbaros escritos bastante escassos.

É importante, porém, registrar que, até o início do século V d.C., a Inglaterra foi dominada pelo Império Romano do Ocidente, tendo sido submetida aos influxos do regime jurídico romano durante a ocupação.

Mesmo após o término da dominação romana, até o início do século XI coexistiram, no território britânico, normas de origem germânica, ligadas também à dominação dinamarquesa, e de direito romano e canônico, introduzidas no momento da cristianização (664 d.C.). A esses modelos legais de base romano-germânica e canônica, bem ainda aos diferentes usos locais existentes na Inglaterra, se sobrepôs, em 1066, o direito introduzido pela conquista normanda.³

1 DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356.

2 DAVID, René. *Ibidem*.

3 LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes,

Por vários séculos após a decadência do Império Romano do Ocidente, conforme destaca JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, não existiu diferença substancial entre os regimes jurídicos em vigor na Europa continental e no Reino Unido. Predominava um sistema de regras não escritas, fundado em práticas negociais rudimentares e em decisões dos tribunais locais. A ruptura desta nota comum começou a surgir com o estudo, na Europa continental, entre os séculos XII e XIII, dos *Corpus Iuris Civilis*, que suplantou a velha ordem jurídica em grande parte do continente europeu.⁴

No ano de 1.066, com a ascensão ao trono inglês de Guilherme I, então Duke da Normandia, que se considerava herdeiro dos reis saxões, o cenário jurídico começou a mudar. A conquista normanda significou um acontecimento capital na história do direito inglês, porque trouxe para a Inglaterra um poder forte, centralizado e com vasta experiência administrativa, experimentada no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, encerra-se a era tribal e o feudalismo instala-se na Inglaterra.⁵

Os conquistadores normandos gradualmente estabeleceram três tribunais reais de justiça, quais sejam, a *Court of Exchequer*, a *Court of King's Bench* e a *Court of Common's Pleas*, denominados Tribunais de *Westminster*, em substituição às *County Courts* ou *Hundred Courts*, órgãos que somente aplicavam os costumes locais. Neste processo de centralização da justiça, os juízes desenvolveram novos procedimentos e remédios e um novo corpo de direitos substantivos que seriam aplicados a todos os cidadãos ingleses, o que explica a designação deste sistema legal como *common law*, entendido como “direito comum a todos”, em oposição aos costumes locais.⁶

2007, p. 323-324.

4 CRUZ E TUCCI, José Rogério. O precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150.

5 DAVID, Renè. Op. cit., p. 358.

6 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

Portanto, a unidade política implementada por Guilherme I, o Conquistador, resultou também na unificação do direito inglês, que passou, ao longo dos anos, a ser predominantemente elaborado pelas cortes reais, por meio de seus precedentes.

Por isso, RENÈ DAVID afirma que o direito inglês não é um direito consuetudinário, posto que nunca houvera um costume geral imemorial do reino aplicável a todos, mas sim vários costumes locais – dos quais o *common law* apenas retirou algumas de suas regras. O processo de constituição do *common law* consistiu, em essência, em elaborar um sistema de direito jurisprudencial, criado pelos tribunais com base na razão em substituição aos costumes anglo-saxões, estes sim fundados nos costumes.^{7 8}

Contudo, a implementação de uma jurisdição real unificada em todo o reino foi algo conturbado. A história da Inglaterra, como se verá, desenvolveu-se em torno da luta pela contenção dos poderes do monarca. Os barões enxergavam a expansão dos poderes do rei, por meio da jurisdição dos tribunais reais, como uma ameaça aos seus domínios. Por isso, para conter tal avanço, o Estatuto de Westminster II, de 1285, estabeleceu que os tribunais reais só poderiam conceder *writs* em hipóteses em que já houvesse casos semelhantes decididos, ou seja, desde que já existissem precedentes em tal sentido, vedando-se, assim, a criação de novas ações.⁹

7 DAVID, Renè. Ob. cit., p. 437.

8 Mais adiante, o autor é novamente categórico: “*devemos abandonar a idéia* tão corrente de que o direito inglês é um direito consuetudinário. Esta *idéia advém para muitos juristas do continente europeu da admissão da alternativa: ou o direito é um direito escrito, fundado sobre os códigos, ou não é um direito escrito e, por conseguinte, é consuetudinário; é um direito jurisprudencial. A common law teve por efeito fazer desaparecer o direito consuetudinário da Inglaterra, existente nos costumes locais.*” (DAVID, Renè, Ob. cit. p. 441). MÁRIO G. LOSANO enxerga o *common law* como um direito consuetudinário, mas analisando-o sob uma outra ótica, de um costume jurisprudencial: “*Ao redor da curia regis logo se condensou uma classe profissional forense muito homogênea, da qual saíam os juízes que, com suas sentenças, acabaram criando o Common Law. Esse é, portanto, um direito consuetudinário, mas num sentido especial: o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes.*” (Ob. cit., p. 325).

9 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

Os *writs* eram ações judiciais que consistiam em uma ordem dada pelo Rei às autoridades para processar e julgar dados litígios. Possuíam fórmulas rígidas, de sorte que deveria haver um remédio apropriado e específico para cada tipo de litígio. Se não houvesse um *writ* previamente determinado para cada situação controvertida, não haveria possibilidade de resolvê-la judicialmente.

Com isso, constantemente, deparava-se com um injusto e insustentável quadro de denegação da prestação jurisdicional e, por conseguinte, de ausência de solução do litígio. Por isso, por muito tempo, o processo foi considerado mais importante do que o direito substantivo controvertido, donde surgiu o brocardo “*remedies precede rights*”.

Com o passar do tempo, os *writs* previstos no *common law*, excessivamente formalistas e bastante limitados pelo Estatuto de Westminster II, tornaram-se insuficientes para atender às novas demandas por justiça.¹⁰

Neste contexto, tem início a terceira fase da evolução do direito inglês, com o surgimento do modelo da *equity*, que é um sistema paralelo e complementar ao *common law*. A *equity* foi, portanto, concebida para instrumentalizar a realização concreta da justiça, especialmente diante das insuficiências do direito pretoriano ou das excessivas restrições processuais inerentes aos *writs*.

De sorte que, a partir do século XVI, em caráter excepcional, os súditos que não tivessem, a seu próprio juízo, obtido decisões justas perante os Tribunais de Westminster ou que não se conformassem com as suas decisões, poderiam dirigir-se ao rei, clamando por justiça. Em razão do aumento destas petições dirigidas ao rei, a função de julgar os recursos fundados na *equity* fora transferida pelo monarca a um conselheiro do rei – o *Chancellor*, o que ulteriormente culminou na criação do Tribunal da Chancelaria (*Court of Chancery*). As suas decisões eram proferidas com base na equidade, de forma diversa das exaradas pelas tradicionais cortes de *common law*, cujos princípios substantivos advinham do direito romano e canônico e na qual o processo era escrito e secreto.

10 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., p. 17.

Contudo, com o passar do tempo, as decisões da *equity*, inicialmente tomadas com base na “equidade do caso particular”, tornam-se cada vez mais sistemáticas, levando ao surgimento de “doutrinas equitativas”, que funcionavam como acréscimos ou corretivos aos princípios jurídicos aplicados pelos Tribunais Reais através dos precedentes.¹¹

O direito inglês, a partir de então, estrutura-se sob um regime jurídico dualista, no qual coexistem duas espécies de jurisdição: a de *common law*, de natureza ordinária, exercida pelos Tribunais de Westminster, a partir do direito jurisprudencial, e a da *equity*, de matiz especial, aplicada exclusivamente pelo Tribunal da Chancelaria, a partir de princípios de equidade.

Finalmente, a quarta e atual fase do desenvolvimento do direito inglês, o período moderno, compreende a segunda metade do século XIX, passando pelo século XX, até adentrar com vigor no século XXI.

No final do século XIX a estrutura organizacional do Poder Judiciário britânico é profundamente modificada pelos *Judicature Acts*, editados entre os anos de 1873 e 1875, por meio dos quais as jurisdições de *commun law* e da *equity* foram unificadas. Com isso, todos os tribunais do reino passaram a deter competência para proferir decisões fundadas tanto no *common law* quanto na *equity*.¹²

Além disso, o triunfo das ideias democráticas, a expansão vigorosa da atividade legislativa pelo *Parliament* e, ainda, o aumento do papel do Estado inglês nas esferas econômica e social alavancaram decisivamente o curso da evolução do *common law*.

A intervenção estatal na economia e a adoção da doutrina do *welfare state* exigiram uma postura mais proativa do Estado visando a criação e a implementação de direitos sociais, tais como educação, saúde e previdência social. O volume de leis editadas aumentou de forma jamais vista no Reino Unido até então.

11 DAVID, Renè. Ob. cit., p. 372.

12 Ambos os sistemas foram mantidos com as referidas reformas e estão em vigor até hoje. Houve apenas a unificação orgânica da competência dos tribunais para aplicá-los.

A adesão do Reino Unido à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, seguida de sua voluntária submissão à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos instituída em 1959, o seu ingresso na União Europeia – curvando-se às regras do direito comunitário –, e, mais recentemente, a edição do *Civil Procedure Rules* (o Código de Processo Civil inglês), do *Human Rights Act*, ambos em 1998, e, por fim, do *Constitutional Reform Act*, de 2005, que criou a *Supreme Court of the United Kingdom*, também trouxeram expressivos impactos na doutrina clássica do *common law*, transformando-o radicalmente e aproximando-o substancialmente dos sistemas europeus de *civil law*.¹³

O *Human Rights Act*, que entrou em vigor no ano 2.000, ratificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos e estabeleceu, em sua Seção 4, a necessidade de as normas do direito inglês serem interpretadas de acordo com esta Convenção.

Além disso, o *Human Rights Act* possibilitou que os tribunais locais declarassem a incompatibilidade de uma lei contrária a Convenção Europeia de Direitos Humanos por meio de uma espécie de controle de convencionalidade das leis, cabendo ao Governo adotar as medidas cabíveis para retificar as disposições legais incompatíveis.¹⁴

Portanto, as leis inglesas (*statutory law*), antes somente limitadas pelos princípios e regras inerentes à tradição do *common law*, passaram a ser interpretadas pelos tribunais ingleses de acordo com as regras de direitos humanos estatuídas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, devendo, se necessário, ser negada aplicação à regras locais que forem contrárias aos direitos humanos. Os juízes ingleses passam, assim, a exercer uma forma de *judicial*

13 Por todos, cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. Nesta obra a autora explora de forma bastante detalhada estes novos aspectos do sistema de *common law* inglês.

14 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Revisão de tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 281.

review, mitigando ainda mais o postulado da *supremacy of the English Parliament*.

Por outro lado, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos têm funcionado como precedentes para as cortes dos Estados-membros, incluindo as cortes constitucionais, exigindo em alguns casos a não aplicação das leis advindas dos parlamentos locais, bem como alterando a jurisprudência antes consolidada dessas cortes nacionais.¹⁵

A *House of Lords*, adequando-se a esta nova realidade, imposta especialmente pelo direito internacional dos direitos humanos, adotou a Convenção Europeia de Direitos Humanos como parâmetro material para o *judicial review*.

No caso *A v. Secretary of State for the Home Department*, julgado em 2005, a *House of Lords* decidiu que as disposições do *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001, que conferiu ao Secretário de Estado para Assuntos Internos autoridade poder para prender cidadãos estrangeiros suspeitos de terrorismo, mesmo sem acusação ou julgamento, eram incompatíveis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e com o *Human Rights Act*. Coube, então, ao Governo adotar as medidas para retificar as disposições legais incompatíveis com a Convenção.¹⁶

No caso *Bellinger v. Bellinger*, a *House of Lords* declarou a incompatibilidade do *Matrimonial Causes Act* de 1973, que previa o casamento apenas entre o homem e a mulher, com a Convenção. A *House* ampliou o significado da palavra *spouse* para abranger também o parceiro do mesmo sexo, o que levou o Parlamento a editar, em 2004, o *Gender Recognition Act*, que passou a dar *status* legal às pessoas que mudaram de sexo.

Por derradeiro, vale frisar que, no século XXI, conforme informa NEIL ANDREWS, apesar de estar fortemente influenciado por leis escritas e por regulamentos europeus que “*têm força igual à legislação primária*”, o sistema de precedentes ainda continua

15 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit., p. 116.

16 ANDREW, Neil. Op. cit., p. 281.

sendo a base do direito inglês.¹⁷

II. CARACTERÍSTICAS GERAIS DO COMMON LAW INGLÊS

O *common law*, como visto, é um sistema jurídico paulatinamente construído na Inglaterra ao longo dos últimos 1000 anos, alicerçado, sobretudo – porém não exclusivamente – nas decisões judiciais, cuja autoridade do direito nelas estipulado repousa em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações, diferentemente do que ocorre no *civil law*, onde a autoridade do direito – leia-se, da lei – justifica-se pela autoridade de quem a promulgou.¹⁸

O *common law* é um modelo jurídico forjado historicamente sem revoluções ou rupturas com o passado, diversamente do que ocorrera na França, berço da codificação moderna, com a revolução de 1789. Traduz-se em um sistema de feição aberta, no sentido de nele ser possível encontrar a resposta jurídica mais adequada à resolução do caso *a posteriori*, uma vez que as suas normas e princípios gerais são constantemente reinterpretados pelos tribunais. No *civil law*, ao contrário, o sistema pode, a princípio, ser considerado fechado, eis que, em teoria, dada a sua pretensão de completude, clareza e objetividade, para cada situação já há uma regra aplicável, previamente criada por um supostamente onisciente legislador.

Na tradição do *common law* a fonte primária do direito são os precedentes judiciais. Os juízes sempre gozaram do *judge-made law*, ou seja, do poder de criar o direito, o qual se encontra precipuamente nas regras e princípios gerais extraídos dos precedentes.

Classicamente, as leis (*statutory law*) eram consideradas fontes secundárias do direito inglês, cuja função cingia-se, no mais das vezes, a complementar ou corrigir, pontualmente, o direito criado

17 ANDREWS, Neil. Op. cit., p. 96-97.

18 STRAUSS, David. *The living constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 37-38.

pelos tribunais. Sublinhe-se, porém, que Poder Judiciário tinha o dever de aplicar as leis existentes.

Nada obstante, não se pode olvidar que a lei era tida como uma “peça estranha” no sistema jurídico inglês.¹⁹ A norma contida na lei só era definitivamente revelada e plenamente incorporada no direito inglês após sua interpretação e aplicação pelos tribunais, momento em que se tornava efetivamente cognoscível. Mas tão logo fosse possível, somente eram citadas as decisões que aplicaram a lei, ao invés do próprio texto dessa lei.²⁰

A Revolução Gloriosa de 1688, que culminou com a afirmação solene da *Supremacy of the Parliament*, não mudou o papel de primazia da *common law* na Inglaterra, pois essa supremacia não significou onipotência da lei ou a transferência do absolutismo real para o parlamento.²¹ Nesse sentido, adverte LUIZ GUILHERME MARINONI que

O parlamento, com a Revolução Gloriosa, venceu longa luta contra o absolutismo do rei. Diante da preocupação em conter os arbítrios do monarca, os juízes sempre estiveram ao lado do Parlamento, chegando a com ele se misturar. Assim, não houve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei – como produto do *Parliament* – sobre os magistrados, mas a força do direito comum diante do poder real. (...) Mais do que à lei, foi necessário dar destaque ao *common law* – ou ao direito da história e das tradições do povo inglês – para conter o poder real. De modo que a ideia de *supremacy of the English parliament* não significou, simplesmente, a submissão do poder real à norma produzida pelo legislativo, mas a submissão do rei ao direito inglês, na sua inteireza. Este direito submetia o monarca, contendo os seus excessos, mas também determinava o conteúdo da produção legislativa, que, sem qualquer dúvida, não podia ser desconforme ao *common law*.²²

19 DAVID, Renè, Ob. cit., p. 434.

20 DAVID, Renè, *Ibidem*.

21 O poder do monarca, a partir da Revolução Gloriosa foi limitado pelos direitos e liberdades do povo inglês. Tanto assim que, já em 1689, foi editado o *Bill of Rights* estatuinto sobre a proteção da pessoa e da propriedade individual e, bem ainda, sobre a submissão do rei à *common law*.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

O direito do *common law* é essencialmente prático, pragmático e casuístico. As regras e os princípios que nortearão a solução dos conflitos são conhecidos e solucionados caso a caso, partindo-se das decisões do passado para que se construa a solução do presente (*reasoning case by case*). Nunca houve uma preocupação do *common law* em antever e ditar a possível solução de conflitos vindouros.

Dito de outra maneira, quando um sistema jurídico, tal como o *common law*, é desenvolvido mediante o abarcamento de novas realidades, há um processo de formação paulatina, gradual e lógica do direito. A solução de uma questão conexa a um precedente resulta em novo passo que não pode negar o que foi anteriormente definido. Há uma relação de continuidade entre a solução da nova questão e o precedente, conferindo à atividade judicial um modo de pensar que vai se desenvolvendo aos poucos.²³

A forte influência da história na consolidação do *common law*, aliada ao método de análise e construção casuístico e prático das decisões, explicam a inexistência de um direito dogmático e científico ministrado nas universidades inglesas, posto que o sistema inglês estruturou-se com base na prática cotidiana do direito, e não a partir da doutrina ou da ciência do direito como sucedeu com o *civil law*.²⁴

Neste contexto, dada a proeminência histórica das decisões judiciais como fontes primárias do direito da *common law*, não houve necessidade de edição formal, sintetizada em um documento único, de uma constituição escrita na Inglaterra. Constituição, para os ingleses, é o conjunto de regras de origem jurisprudencial ou legislativa que garantem as liberdades e os direitos fundamentais e estabelecem limites às autoridades.²⁵

23 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104.

24 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 306.

25 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 45-46.

III. A DOCTRINA DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO: O *STARE DECISIS* NA INGLATERRA

No modelo jurídico de *common law* inglês, onde os precedentes são, por excelência, a fonte primária do direito e que defere aos magistrados o *judge-made law*, é até natural e esperado que seja outorgada força vinculante (*binding effect*) às decisões judiciais, a fim de conferir unidade, coerência e previsibilidade ao sistema.

Todavia, *common law* e *stare decisis* não se confundem. O primeiro, como já assinalado, consiste no direito comum do reino estabelecido pelos tribunais por meio de suas decisões, e que surgiu e consolidou-se entre os anos de 1066 e 1485, muito antes do segundo, cujo reconhecimento formal pela *House of Lords* somente ocorreu na segunda metade do século XIX.²⁶

Além disso, o *stare decisis* não é um princípio jurídico exclusivo ou inerente ao *common law*. Ele existe também sistema da *equity* e existiu, v.g., no Direito Romano, tendo sido expressamente previsto no Código de Justiniano a obrigatoriedade de os juízes, em casos futuros, seguirem a decisão tomada pelo imperador após examinar a causa.²⁷

O instituto do *stare decisis et non quieta movere*, que, na literalidade, significa “mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto”, prescreve que as regras e princípios jurídicos emanados dos precedentes judiciais exarados pelos tribunais (*ratio decidendi*) vinculam o próprio tribunal e os demais órgãos jurisdicionais inferiores, que devem aplicá-lo a casos iguais ou substancialmente semelhantes. Em termos mais singelos, a doutrina do *stare decisis* simplesmente preconiza ser dever dos juízes e dos tribunais seguir os precedentes, aderir ao direito já posto.²⁸

26 Registre-se que o desenvolvimento da doutrina dos precedentes também ocorreu posteriormente ao surgimento e consolidação do *common law* na Inglaterra.

27 CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885, p. 22.

28 CHAMBERLAIN, Daniel Henry. Op. cit., p. 6.

A doutrina do *stare decisis* traduz-se, em uma nota, na ideia de respeito aos precedentes. A força vinculante do precedente, por seu turno, repousa em sua *ratio decidendi*, que consiste na regra ou princípio reconhecido na decisão e que se torna fonte do direito.²⁹

O *stare decisis* funda-se na necessidade de garantir, a um só tempo, a integridade, a unidade, a coerência, a cognoscibilidade e a previsibilidade do sistema jurídico, e, bem ainda, de promover o princípio da igualdade, conferindo tratamento igual a casos iguais (*treating like cases alike*). Julgamentos contraditórios entre si abalam seriamente todos os valores acima mencionados, provocando enorme insegurança jurídica para a sociedade em geral e causando injustiça aos particulares, individualmente considerados, em posições virtualmente idênticas.

O *stare decisis* foi concebido como uma importante ferramenta de limitação da discricionariedade judicial e, por conseguinte, do papel político do Poder Judiciário no contexto da doutrina da separação das funções estatais.

A propósito, FRANCISCO ROSITO pondera que

Ao analisar as razões determinantes de sua instituição, constata-se que o objetivo do *stare decisis* foi limitar a discricionariedade judicial, evitando-se incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na prestação jurisdicional, a fim de buscar maior segurança jurídica na aplicação do direito. Inegavelmente, o princípio do vínculo ao precedente (*stare decisis*) representa limite à criação judiciária e promove a estabilidade do direito. Era o que ambicionava, de um modo geral, o positivismo jurídico, que predominava no pensamento jurídico do Estado Liberal. Almejava-se, dessa forma, alcançar maior legitimidade na atividade estatal, utilizando-se os precedentes como critérios neutros na aplicação do direito. A preocupação residia no fato de que o juiz concentrava ilimitadamente duas funções: criação e aplicação do direito. Com a instituição do caráter vinculante dos precedentes, tornou-se possível limitar o papel político da atividade judicial. Mesmo assim, é preciso ter presente que a atividade jurisprudencial, na tradição anglo-saxônica, ainda confere maior poder ao juiz, que aplica o direito como argumento no caso

29 MacCORMICK, Neil. **Why cases have rationes and what these are.** In *Precedent in Law*. Edited by Laurence Goldstein. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 156.

concreto. Desse modo, a doutrina do *stare decisis* objetivou que o *case law* adquirisse *satus* de ciência, capaz de prever os resultados das controvérsias judiciais, conferindo aos jurisdicionados certeza, uniformidade e segurança dos direitos.³⁰

A preocupação em evitar decisões conflituosas entre os órgãos judiciários emergiu bem antes do reconhecimento formal do *stare decisis* pelos tribunais ingleses. José ROGÉRIO CRUZ E TUCCI assinala que os primeiros comentadores do *common law* já manifestavam preocupação com o problema dos julgamentos contraditórios, ressaltando que Bracton começara a delinear a importância de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já tinham sido antes decididos, tendo-se chegado ao ponto de suscitar-se a “*questão da certeza do direito, quando colocada em perigo pelos juízes que decidiam desprezando o direito elaborado nos vetera iudicia.*”³¹

Não havia ainda regra jurídica que impusesse o efeito vinculante ao precedente. Nada obstante, os juízes frequentemente ressaltavam a importância dos julgados e a exigência de que as decisões anteriores fossem seguidas para conferir certeza e continuidade ao sistema.³²

No século XVII, a Câmara de *Exchequer* (*Exchequer Chamber*) definiu que as suas decisões seriam precedentes vinculantes, defendendo que uma decisão colegiada de uma Corte tinha quase a mesma hierarquia de uma lei promulgada pelo Parlamento. Neste período, apenas as decisões da *Exchequer* produziam efeito vinculante, nem mesmo as decisões da *House of Lords* tinham esta autoridade.³³

30 ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

31 CRUZ E TUCCI. Op. cit., p. 153.

32 Ibidem. Op. cit., p. 154.

33 PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. 5 ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001, p. 347-348.

Contudo, a sistematização da doutrina dos precedentes e, por consequência, do instituto do *stare decisis* somente ocorreu no século XIX, visto que, antes disso, segundo informa a doutrina, a ausência de consolidação da aludida doutrina não ocorreu em virtude da inexistência de fonte confiável de reprodução das decisões judiciais.³⁴

No âmbito da *House of Lords*, o primeiro precedente a reconhecer a eficácia vinculante de suas decisões para seus membros e para os demais tribunais inferiores, foi o caso *Beamish v. Beamish*³⁵, de 1861, onde o tribunal analisou um caso relacionado à validade de um casamento.

O reverendo Samuel Swayne Beamish pretendia se casar com Isabella Frazer, os quais eram membros da Igreja Unida da Inglaterra e Irlanda. Como Beamish não obteve autorização do pai de Isabella para com ela se casar, ele decidiu, por conta própria, celebrar o seu casamento de forma clandestina em 1831. Após o falecimento de Samuel Beamish, em 1844, iniciou-se uma disputa pelos seus bens entre seu filho mais velho, Henry Beamish, e seu segundo filho, Benjamim Beamish, eis que a validade ou não do casamento do reverendo interiria diretamente na sucessão patrimonial.³⁶ O tribunal irlandês houvera considerado válido o casamento.

A *House of Lordes*, por sua vez, invocou o seu precedente formado no caso *The Queen v. Millis*, de 1844 – no qual houvera decidido que o casamento só seria válido se celebrado por um clérigo e que se o próprio noivo for um clérigo, isso não valida o casamento, de sorte que, quanto à forma da celebração, não há diferença entre o casamento de um noivo clérigo e de um noivo leigo –, e reformou

34 LUNDMARK, Thomas. *Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, n. IV, p. 166, *apud* ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. Op. cit. p. 307.

35 Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/th/11ER735.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2014.

36 NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 132.

a decisão do tribunal irlandês. A *House of Lordes* aplicou, no caso *Beamish*, a *ratio decidendi* de seu precedente anterior, qual seja, “o casamento só é válido se celebrado por um clérigo” e estabeleceu que as suas decisões são vinculantes para ela própria e para os demais tribunais inferiores.

Quase quarenta anos depois, no julgamento do emblemático caso *London Tramways Co. v. London Counti Council* (1898), a *House of Lords* reafirmou a necessidade de vincular-se aos seus próprios precedentes e patenteou sua eficácia externa em relação as demais cortes inferiores³⁷, porém fê-lo de forma mais radical, na medida em que estabeleceu a absoluta indiscutibilidade de sua decisão pretérita, a qual não poderia, em hipótese alguma, ser revista por ela própria, ainda que o tribunal ulteriormente considere-a equivocada ou mal decidida.

O *stare decisis*, como se observa, possui uma acepção horizontal e outra vertical. A primeira, o *stare decisis* horizontal, preconiza a vinculação do tribunal às suas próprias decisões (autoprecedente), cujo fundamento repousa na manutenção da integridade do sistema jurídico. Uma corte que, sobre uma mesma questão, mudasse de opinião com frequência teria bem escasso respeito e aviltaria o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, o que justifica o reconhecimento de um grau elevado de força do autoprecedente ou, até mesmo, de um vínculo formal da corte para seguir os seus próprios precedentes.³⁸

O *stare decisis* vertical, por seu turno, estatui a necessidade dos tribunais e juízes aplicarem os precedentes das cortes que lhes são hierarquicamente superiores, e se pauta na ideia de unidade institucional e na hierarquia do Poder Judiciário e, ainda, na autoridade e no respeito do órgão jurisdicional prolator da decisão, os quais se relacionam à posição hierárquica do órgão: “quanto mais elevado é o grau da corte que emite o precedente, mais respeitáveis são as suas decisões”.³⁹

37 CRUZ E TUCCI. Op. cit., p.161.

38 TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 199, set/2011, p. 203.

39 TARUFFO, Michele. *Ibidem*.

A coercibilidade extrema interna dos precedentes da *House of Lords* (*stare decisis* horizontal) somente foi atenuada em 1966, com a edição do *Practice Statement*⁴⁰, que foi um importante pronunciamento feito pela *House*, *verbis*:

Judgment - Judicial decision as authority - *Stare decisis* - House of Lords - Freedom of House of Lords to depart from their previous decisions where right to do so - Doctrine of precedent nevertheless an indispensable foundation of decisions of law.

Before judgments were given in the House of Lords on July 26, 1966, LORD GARDINER, L.C., made the following statement on behalf of himself and the Lords of Appeal in Ordinary:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.

Como se vê, a flexibilização da força absolutamente vinculante, ou da aderência muito rígida, ao precedente inglês deu-se com o escopo primário de evitar a realização de injustiças e de permitir o desenvolvimento do direito. Preservou-se, contudo, no direito inglês, com boa dose de rigidez, a ideia de respeito aos precedentes, ainda que sua *ratio* não seja aprovada pelos juízes da corte que o prolatou e pelos demais tribunais inferiores, porque a regra do *stare decisis* não pode ser aplicada apenas em relação às decisões

40 Disponível em: <<http://www.lawteacher.net/PDF/Practice%20Statement%20%5B1966%5D.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2014.

“boas” ou “justas”, pois, se assim fosse, não teria qualquer valor ou significado.⁴¹ É como a ideia de aplicar a lei na *civil law*, mesmo que nem sempre o juiz concorde com ela.⁴²

O *common law* inglês se desenvolveu, portanto, a partir de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que devem ser obrigatoriamente seguidos por todas as cortes inferiores, muito embora sejam passíveis de modificação pela *House of Lords*.

O funcionamento de tal sistema ocorre da seguinte maneira: quando um ponto de direito é fixado pelo tribunal em um caso concreto, ele se converte, de imediato, em uma norma que deve ser compulsoriamente acatada em demandas semelhantes pelas cortes inferiores e pelo órgão que proclamou, salvo em hipótese de revogação por esse último. Assim, em um novo litígio judicial, o magistrado deverá, primeiramente, identificar os fatos relevantes e a questão legal a ser enfrentada. Em seguida, buscará um precedente que trate do mesmo problema jurídico e no qual se constate que a discussão se baseou em uma situação de fato semelhante, hipótese em que o precedente e a nova causa serão considerados análogos e, por conseguinte, em que será obrigatória a aplicação da conclusão do julgado anterior.⁴³

Neste diapasão, pode-se dizer, com CAIO MÁRCIO GUTTERES TARANTO, que o *stare decisis* consubstancia uma doutrina que sistematiza os precedentes no centro da *common law* através da extração da *ratio decidendi* e das *obiter dicta* para a incidência indedutiva em casos posteriores; despoja os precedentes de caráter absoluto e consagra um gênero de métodos de decisão voltados para a alteração das orientações jurisprudenciais em um contexto de produção judicial do direito (*judge make-law*), como o *distinguishing*, o *overruling* e o *reversal*, denominados *judicial departures*.⁴⁴

41 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit., p. 207.

42 *Ibidem*.

43 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., p. 23.

44 TARANTO, Caio Márcio Gutteres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 144-145.

Os *judicial departures* são casos especiais de afastamento de uma regra ou de um princípio inscrito em uma decisão pretérita, desenvolvidos dentro da teoria dos precedentes e que são plenamente compatíveis com a doutrina do *stare decisis*.

O *overruling* consiste em uma técnica de decisão judicial adotada em caráter excepcional no *common law* inglês, por meio da qual o tribunal promove a revogação da regra ou princípio geral contido no precedente anterior, em razão da elaboração de um juízo negativo sobre a sua *ratio decidendi*.⁴⁵ O precedente anterior, por sua vez, estará em condições de ser superado quando deixar de corresponder aos padrões de congruência social (quando passa a negar as proposições morais, políticas e de experiência) ou de consistência sistêmica (quando ele não guarda coerência com outras decisões).⁴⁶

O *distinguishing* é uma técnica de decisão por meio da qual o tribunal demonstra a inaplicabilidade do precedente anterior invocado, supostamente aplicável ao caso apreciado, por vislumbrar a existência de peculiaridades fáticas ou jurídicas que justificam a aplicação da regra jurisprudencial prevista em outro *law-case* ou a criação de uma nova tese jurídica (*ratio decidendi*) mais apropriada à solução do caso ante as suas especificidades.

Em poucas palavras, o que diferencia o *distinguishing* do *overruling* é que, no primeiro, o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada –, mas apenas sua não aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva desta norma, com o objetivo de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.⁴⁷

45 ROSITO, Francisco. Op. cit., p. 304.

46 EINSENBURG, Melvin. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 104-105.

47 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 470.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O precedente judicial é um valor em si, sendo algo indispensável para que se assegure a unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos essenciais para a racionalidade do sistema.⁴⁸ A unidade do direito é, pois, resultado de um sistema de precedentes obrigatórios que reflete a coerência da ordem jurídica e viabiliza a previsibilidade das “respostas jurídicas” e o tratamento uniforme de casos similares.

Na dogmática da teoria dos precedentes, o instituto do *stare decisis* foi e ainda é fundamental para a manutenção da integridade, da unidade, da coerência e da previsibilidade do sistema jurídico inglês⁴⁹, o que, inclusive, tornou desnecessária a edição solene de uma constituição escrita, nos moldes em que sucedeu inicialmente nos Estados Unidos e, depois, em praticamente todos os países do Ocidente, notadamente aqueles de tradição da família do *civil law*.

Como demonstrado, a doutrina do *stare decisis* é crucial, em verdade, para a concretização do próprio Estado de Direito, porquanto promove, em última análise, os valores supremos da justiça e da segurança jurídica e, ainda, funciona como um importante e indispensável instrumento de contenção da discricionariedade e, eventualmente, do arbítrio judicial, contribuindo, assim, para a harmonização entre os poderes estatais.

Além disso, o *stare decisis* convive harmoniosamente com as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, cuja aplicação é essencial para o desenvolvimento do direito e para a adoção de soluções justas para os *case-law*, de acordo com suas eventuais peculiaridades fático-jurídicas.

48 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 32.

49 E, porque não dizer, de todos os sistemas jurídicos existentes em um Estados de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Revisão de tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. **The doctrine of stare decisis: its reasons na its extent**. Prize Essay of the New York State Bar Association, awarded January 10, 1885. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **O precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EINSENBERG, Melvin. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUNDMARK, Thomas. **Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe**. Tübingen: Mohr Siebeck, n. IV, 2003.

MacCORMICK, Neil. **Why cases have rationes and what these are**. *In*

Precedent in Law. Edited by Laurence Goldstein. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 155-182.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm.

PLUCKNETT, Theodore. **A concise history of the common law**. 5 ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

STRAUSS, David. **The living constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

TARANTO, Caio Márcio Gutteres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 199, p. 199-208, set/2011.

Recebido em 15/04/2015.

Aprovado em 03/09/2015.